

〔資料〕

## 給付障害法改正に関するフーバーの提案モデル

采 女 博 文

- 一 はしがき——メデックスの中間報告
- 二 フーバーの提案モデル（資料）
- 三 連邦司法大臣の照会

### 一 はしがき

本稿は、西ドイツ連邦司法省によって公刊された「債務法改正のための鑑定意見と提言」*Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), SS. 647-909* に収められているフーバーの給付障害に関する鑑定意見書<sup>(1)</sup> Ulrich Huber, *Leistungsstörungen Empfehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?* のなかから、フーバーが現行ドイツ民法 (BGB) に対置して提案しているモデルのみを資料として翻訳するものである。フーバーの提案しているモデルは、今回の改訂にあたってそのまま原型を留めるというわけではない。しかしこのモデルは、BGB改訂史のひとつまとい以上に、「債務法改訂委員会」での論議において重要な位置を占めている<sup>(2)</sup>。また、現代西ドイツの立法思想という側面からみても、そのひとつの潮流を代表するものである。それゆえ、こ

こで、今回の改訂作業をBGBの立法思想との関連で法文化史的に研究するための準備作業のひとつとして、立法モデルを全体として訳出しておくことにする。なおフーバーは、統一売買法やBGBの直接的な雛型なしに新しく構想された条文をイタリック体で区別して示しているが、訳出にあたっては区別して示すことはしなかった。またこのモデルにおいて、新条文も、削除の指示もない条文は変更されない。

なお最後に、大陸法および英米法領域の法発展について正確な情報を得るために、マックス——プランク外国・国際私法研究所に対して連邦司法大臣が一九八五年におこなった照会を邦訳して付記した。

### 1. メディクスの中間報告

現在、西ドイツの債務法改訂作業は、司法省に設置されている「債務法改訂委員会」において草案作成の段階にある。<sup>(4)</sup> この委員会の作成する案の基本的な方向はメディクスの中間報告によっておおよそ明らかになってきている。メディクスはつぎのように報告している。<sup>(5)</sup>

#### (1) 一般給付障害法に関して

①債務関係全体に関する規定（現行BGB二七五条<sup>(6)</sup>以下）と、契約に関する規定（現行BGB三〇六条以下）と双務契約に関する規定（現行BGB三三三三条以下）との並列はやはり完全には取り除くことはできない。たとえば解除は、反対債務をもちや履行する必要がないか、あるいは既に履行されているものを取り戻すという観点の下でのみ意味があるから、解除に関する規定は債務法全体に関連してはならない。同様に、重大な理由にもとづく解約告知や行為基礎の障害に関する規定なども特定の債務関係に限定されている。それゆえ一般性の程度に従って区別する。損害賠償義務は、あらゆる種類の債務関係に適合するように、一般債務法（BGB二七五条以下）において規制する。解除、解約告知、行為基礎の障害は後の箇所<sup>(7)</sup>で付け加える。

②債務関係全体に関する損害賠償の規制は債務者の責に帰すべき義務違反（Pflichtverletzung）を前提とする。これに

よつて債務者は原則として損害賠償を義務づけられる。しかし二つの留保をする。

(a) 原則として債権者は、不履行 (Nichterfüllung) にもとづく給付に代わる損害賠償を相当な猶予期間の徒過の後にはじめて要求することができる。これにより債務者はとくに重大な損害賠償義務を回避する可能性をうることになる。拒絶の旨の威嚇という現行法 (BGB 三二六条一項) の付加的な要件は放棄する。この要件は法意識のなかに浸透していないからである。相当な猶予期間という要件についても、履行拒絶、不能の場合を例外とする。成功する見込みがないし、債権者に期待可能性がないからである。

(b) 遅延損害の賠償は、原則として催告の後にはじめて要求することができる。ただ催告に代わるものについての現行法の規定 (BGB 二八四条二項) は狭すぎるので、期日の合意 (Terminvereinbarung) をとおして拡大する。

(c) 債務者の帰責の規準に関しては BGB 二七六条の周辺の訂正 (Randkorrektur) をする。特に、保証責任 (Garantshaftung) が債務者にあるという可能性を明確にする。これに伴つて、現在売買法上の特殊なもののみなされていゝる BGB 四六三條の確約責任 (Zusicherungshaftung) が一般化される。BGB 二七六條の基準にしたがつて給付の不能 (Unvermögen) が債務者に帰責されないときは、債務者は——代償物が存在する場合を留保して——解放される。

③ 契約一般に関しては、BGB 三〇六条ないし三〇九条は現在の内容を失う。したがつて原始的不能の場合にも、債務者がこれに責を負わなければならないときは積極的利益の責任がある。そのさい、ここでは帰責性は、給付約束から給付の可能性についての保証 (Garantie) が出つたときは、給付障害について知っているか知るべきであつたという意味で理解されなければならない。

④ 双務契約のところでは、すなわち現行 BGB 三二三条—三二七条の箇所においては、付加的に解除のみを規制する。

(a) 基本規範に従えば、義務違反にもとづく解除は猶予期間の徒過の後にはじめて可能である。しかし現行法との本質的な差異として、解除権に関しては債務者の帰責性を要しない。これに伴つて、BGB 三二三条の「契約からの離脱」は不

必要になる。もちろん義務違反に関して責任を負う者は、解除することはできない。

例外的な場合において、とりわけ後に義務違反が生じることがすでに明らかである場合において、履行期の前においても解除することができることを規定する。そのさい、とりわけ債務者が必要な給付の準備をしていない場合が問題である。

(b) 解除効果の新しい規制を考える。とりわけ解除権の排除に関する BGB 三五〇条―三五三条を扱う。返還義務の履行のさいに返還債務者に責任のある障害は解除権を排除するのではなく、損害賠償請求権を生じさせるものとする(割賦販売法 §112<sup>(9)</sup>, 3)。

解除の相手方に帰責性があるときは、積極的・消極的契約利益を求める解除権者の請求権を考慮する。したがって、現在 BGB 四六七条<sup>(10)</sup>二文において特別事例に関してのみ規制されている契約費用の賠償の要素も解除は受け入れることができる。

(c) 特定の双務契約に関して、重大な理由にもとづく解除権を一般的に規定する。ここでも解除とともに損害賠償が問題になる。この解除権は単に継続的債務関係に関してのみならず、長期にわたる契約に関しても考慮される。これによって同時に行為基礎の問題をも解決することができる。

## (2) 売買と請負契約における瑕疵担保法

瑕疵担保の規定については、二つの契約類型において可能なかぎり統一的なものにする。

### 「1」 売買について

① 瑕疵担保法を義務違反についての一般的な規定に同化する。したがって買主は原則として特定物売買の場合にも履行を、すなわち契約から導きだされるべき性質を作り出すことを要求することができる。それゆえ、ある性質があるべき性質に達しないとすれば、買主は原則的に修補請求権をもつ。他方において、売主の修補権がこれに照応する。代替物の売

買の場合には、買主は、供給された物の修補に代えて瑕疵のない物の代物給付 (Nachlieferung) を求めることができる。

この原則は例外をとおして制限される。修補が買主にとっても売主にとっても期待不能であるという場合は例外とする。現行のBGB六三三条二項三文<sup>11)</sup>に準じた規定が考えられている。修補が過分に高つく場合には、修補を拒絶することができる。

② 解除 (Wandlung) はおそらく Rücktritt としてだけ表現される) と代価減額に関して一層の改正を提案する。この二つは形成権であることをはっきりさせる。買主の変更権 (ius variandi) の規制が残っている。代価減額の場合には、減額の額が争われる場合に問題が生じる。

③ Wandlung を義務違反にもとづく Rücktritt として表現することは、一般的な解除規範の適用を明らかにする。Wandlung には原則として、猶予期間を設定しての修補または代物給付の要求を前提としなければならない。即座に清算すべき取引または日常取引 (Alltagsgeschäfte) に関する例外については今後論議される。

④ 減額の額に関しては、BGB四七二条と異なる算定が考慮される。瑕疵ある物に関しては計算式に挿入しうる市場価格が欠けている。これに代えて修補の費用への方向付けが考慮される。

⑤ 瑕疵担保法に関する委員会提案の本質的な長所は、今日BGB四六三条と積極的債権侵害とに巻きついている損害賠償の問題にある。損害賠償はここでもまったく一般規定に従う。特定のあるべき性質の確約 (Zusicherung) は、新しいBGB二七六条に従った保証 (Garantie) にもとづいて、有責でなくても買主は責任を負うことに還元される。

⑥ 瑕疵担保責任のこのような取り扱いによって権利の瑕疵との区別の問題も軽減される。たいていの差異は消滅する。とりわけ土地売買に関しては、売主の義務プログラムが厳密に規定されるべきである。そのさい、開発費用の分担の問題なども扱う。

⑦ 加えて、この長所は権利の売買や他人の物の売買や企業の売買などに関しても示される。物の瑕疵担保責任の最も重

要な特殊性の喪失によって、新しい規定はその他の売買目的物に関しても準用しうることになる。

⑧物の瑕疵の間での他の物 (alind) の給付とより少ない (minus) 給付との厭な区別もなくなる。物の瑕疵担保責任に関して広く適用される一般規定はその他の給付障害にも適する。

⑨委員会は B G B 四四七条<sup>(13)</sup>の危険負担の規定を削除するつもりである。通信販売 (Versandhandel) においては主として持参債務が認められるべきであるから、この規定の実際的な必要性は存在していない。

## [2] 請負契約について

全体としてここではわずかな変更だけが考えられる。売買と請負契約との接近は売買法の側から、とくに修補の権利と義務の導入を通しておこなわれるからである。

①引取 (Abnahme) に関して重要な改正をする。とりわけ、報酬を求める請求権の履行期の到来 (Fälligkeit) に関しては原則として仕事の完成 (Fertigstellung) で十分である。注文者による付加的な承認という意味における引取は、これが合意されているか、通常であるところでのみ必要である。しかしこの場合でも、猶予期間の設定にもかかわらず買主が引取を理由もなく拒絶するときは、承認と等置される。

②現在萌芽的にのみ規制されている。(B G B 六四二条<sup>(14)</sup>、六四五条<sup>(15)</sup>、注文者の指図と注文者によって提供された材料とに対する注文者の責任に関して、建設請負工事規定 B 編 § 3 Nr. 3<sup>(16)</sup>や Nickisch の提案など<sup>(17)</sup>に一致する一般的な規範を規定する。

③現行の B G B 六五〇条<sup>(18)</sup>の費用見積もりに関する規定は、注文者の保護手段として不十分である。請負人の負担をふたとおり規定する。請負人は、超過の予見不能を証明しなかり、本質的な超過の場合に見積もりに拘束される。そのような予見可能性が後になってはじめて生じ、請負人が注文者に通知を怠っている時は、請負人は後の給付に関して不当利得法に従ってのみ報酬を請求することができる。これは強行法である。

(3) 消滅時効について

消滅時効について委員会はなお考慮中である。

① 消滅時効期間の長さに関して現行法がおこなっている区別の多くは是認されないといい点について委員会は一致している。

② 期間の長さのみを一面的に重視するのではなく、期間の起算点なども同程度に重視する。同時にさらに時効期間の中断と停止について考えなければならない。この相互依存関係のゆえにここでは立法者にとってより多くの活動の余地がある。

③ 消滅時効の複数の目的のうちとりわけ次のふたつのものを重要と考える。ひとつは消滅時効の解放機能である。定められた期間の経過後は、債務者は請求から安全である。とりわけ債務者の証拠書類はもはや保存する必要はない。しかし、債権者は原則として自らの請求権を主張する現実の機会を持つていなければならないという思想がこの解放機能に優先する。ふたつには、消滅時効は、自分の知っている請求権を相当な期間内に主張することを債権者に促すことである。このふたつの思想を、統一的な起算点と統一的な長さを伴う唯ひとつの期間によっていっしょに考慮することができないことがしばしばある。それゆえ二重の期間が必要である。第一の（絶対的）期間は、請求権を主張する債権者の現実的な可能性と無関係に始まる。この期間は、この早い起算点を調整するためにわりあい長い。第二の（相対的）期間は、主張のための現実の可能性でもって始まる。この期間は比較的短くて済む。

この二重の期間は、まず第一に損害賠償請求権と不当利得請求権に関して重要である。第一次的な履行請求権については債権者はふつう最初から知っているから、より短い期間のみにかかわる。

④ この基本的なシェーマのなかで、なお多くの個別問題の検討が残っている。比較的長期の期間の起算点を請求権の成立にするかあるいは履行期の到来にするか。委員会は後者に傾いている。比較的短期の期間の起算点に関しては、請求権

の認識以外に、請求権の存在の明白<sup>20</sup> (Evidenz der Anspruchsvoraussetzung) でも十分なのかどうか問題である。

期間の長さに関しては、前提とされている二分割の他になお一層の細分化を必要とするかどうか判断されなければならぬ。比較的長期の消滅時効期間に関しては、特定のもちろん狭く限定された諸場合に関して現行一九五<sup>19</sup>条の三〇年の期間をそのまましておくことを委員会はいま排除していない。この期間は、たとえば既判力をともなうて確定されている請求権(参照 BGB 二一八条)<sup>20</sup>、そしておそらく生命・身体・健康の侵害に関しても適切である。これらの法益は重要であり、ここでは因果の経過はしばしばまぎらわされているし、きわめて見通しがたいからである。そのような例外を別とすれば、委員会は、三〇年を下回る期間(三年、五年または一〇年)に傾いている。比較的短期の期間に関しては、請求権の種類ごとに、細分化しなければならないだろう(六か月から三年まで)。

一般的な消滅時効期間の長さと同関係に、次のような種類の頭を悩ます諸場合に手を付ける。公証人に遺言書を作らせたが、形式の欠陥のために無効であった。この場合に公証人に対する損害賠償請求権は相続開始以前に消滅時効にかかってよいのだろうか。時の経過が証拠の状態をいかなる点においても変えないそのような場合の特別な規定を支持する。

訴訟の回避のために、BGB 六三九条二項、八五二条二項の規範の一般化も考えられる。すなわち、請求権についての交渉は消滅時効を停止する。委員会は、法律行為を通して消滅時効が困難にされてはならないという現行 BGB 二二五<sup>21</sup>条に対し懐疑的である。

⑤消滅時効における求償 (Regel) の問題を扱う。たとえば手工業者が建築資材を購入し、それを建築主のところに取り付けるといふ場合において、手工業者は資材の売主に対し BGB 四七七<sup>22</sup>条の短期の瑕疵担保のみを有している。しかし手工業者自身は建築主に対し BGB 六三八<sup>23</sup>条のより長い期間義務づけられている。期間の起算点が異なるので、期間の長さの統一によってもこの問題は解決できない。求償の場合に関する特別規定をとおしてのみ実際に取り除くことができる。

## 2. フーバーの鑑定意見とメデイクス学説

統一売買法を範とするフーバーの改正モデルと比較して、この委員会の草案は、現行BGBにより即したものになることが予測されるが、改訂作業におけるフーバーのモデルの位置について、メデイクスの改正作業に関連する諸論稿から簡単に補足しておきたい。

フーバーは、給付障害法の規制を不履行(Nichterfüllung)という基本要件の下に置くことを提起している。しかしメデイクスは、すべての給付障害に関する定式としてはこの概念は不適切であると考えている。給付義務と相応していない保護・行為義務違反に関してとりわけ疑問視している。保護義務は、BGBにおいて特別なカテゴリーとして把握されていない。BGBにおいては、六一八条<sup>26</sup>の単独規定のなかだけに現われている。すでにBGB二四一条における債務関係の定義にあわない。保護義務の場合には履行請求権は実際上問題にならない。むしろ責に帰すべき義務違反にもとづく損害賠償請求権がもっぱら問題になる。BGB二四二条は給付の方法に関しては活動の余地がある。しかし、契約交渉のさいの有責のような給付義務を伴わない保護義務を内容とする事例群を包括することはできない。保護義務の成立要件と内容についての立法化はまだ機が熟していない。判例と法学によって深められなければならない。このために、「義務違反」という上位概念が役に立つだろう。保護義務という新しい理論は債務法にかなりの不安定さをもたらしている。しかし給付義務については二千年以上も考え抜かれてきたのであるから、やはり保護義務の具体化にも相当な時間を必要とする。(Probleme, insb. SS. 15-19.)

しかし、すべての給付障害を規律する基本要件を給付障害法の先頭に置くというフーバーの基本構想そのものは委員会草案においても維持されることになる。瑕疵ある物の供給の場合も通常の不履行責任(修補請求権、代物給付請求権)が発生することになる。このことにより、売主は、原則として、修補または代物給付をとおして買主の解除または代価減額を回避することができることになる。ここではメデイクスは売主の利益をはっきりと擁護している(AcP186, insb. S.

283f.)。

また瑕疵損害と瑕疵惹起損害とを区別しないというフーバー提案の単純さも長所と考えられている。しかし、実質的な区別は考慮される。解除、減額と追完は瑕疵損害のみを除去する。それゆえ解除・減額・追完とともに瑕疵惹起損害の賠償を要求することができる。さらに種類売買と特定物売買との区別の解消というフーバー提案に対するヤーコプスの批判を意識して、メデイクスはつぎのような補強をしている。種類売買の場合の義務違反は、物の選択に限られない。種類全体（たとえば新しい種類の素材）の性質について売主が虚偽の申し立てをしていたり、売主の助言している使用に種類に属するすべての物が適合しない場合も問題である。義務違反が選択にかかわらない場合にも、保証または帰責にもとづく責任が存在しなければならない。(AcP186, 287)

その他、債務者の給付義務の限界に関するフーバーの注目すべき提案（モデル二七五条三項）——債権者は、不履行が債務者の責に帰すべからざる事由にもとづくときは、つねに履行も損害賠償も要求することはできない——については、メデイクスは委員会草案に取り込むことには消極的である（AcP186, 279）。またフーバー提案に反し、債務者の遅滞は独自の要件として維持する（S. 279）。本質的な契約侵害という概念の採用についても疑問であるとしている（S. 281）。

### 注

- (1) このフーバーの鑑定意見書全体の構成内容については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』一九八八年、一一二頁以下所収を参照された。
- (2) Vgl. Jürgen Basedow, Die Reformen des deutschen Kaufrechts, 1988, S. 10. なお、改訂作業をめぐる主要論稿の一覧については、Dieter Medicus, Schuldrecht I (4. Aufl.), 1988, S. 23.
- (3) この照会に対する鑑定は Jürgen Basedow によっておこなわれ、一九八六年秋に提出されている（前注）。
- (4) 好美清光「西ドイツの債権法改訂委員会の作業について——その一、委員会の構成・活動等——」一橋論叢九九卷三号（一九八八年）二八七頁以下参照。この委員会の課題は、一般給付障害法、売買および請負契約の瑕疵担保法ならびに消滅時効法を、とり

- わけ判例の成果と契約実務を考慮して見通しのいい、時代にあつたものに (übersichtlicher u. zeitgemäßer) することを立法者に可  
能とする提案をする (こゝで *am* Engelhard, NJW1984, 1201)
- (5) Dieter Medicus, *Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts*, AcP188 (1988), S. 168ff.
- (6) BGB 二四一条から四三二条までの訳出は紙幅を考慮し省略する。椿・右近編『ドイツ債権法』(一九八八年)の邦訳を参照さ  
れたい。
- (7) なおフーバーのモデルにおいては、ハーグ統一売買法 (EKG 八二条、八四条以下) に倣って、重大な (大きな) 損害賠償と小  
さな損害賠償とが区別されている。大きな損害賠償とは、本来の義務の履行に代わるものである (モデル二七五条二項と三二七 a  
条)。遅延損害・追加費用・瑕疵惹起損害などを含む小さな損害賠償は履行請求権とともに与えられるものである (モデル二七五  
条一項)。(U. Huber, *Leistungsstörungen*, S. 716, 780f.)
- (8) BGB 四六三条 販売された物が確約された性質を売買の時点で欠いているときは、買主は解除または代価減額に代えて不履行  
による損害賠償を要求することができる。売主が瑕疵 (Fehler) を悪意で黙秘していた場合も同様である。
- (9) 割賦販売法第一 d 条一項 撤回の場合において各人は受け取った給付を相手方に返還する義務を負う。目的物の滅失または毀損  
によって撤回は排除されない。買主が目的物の滅失または毀損の責を負うときは、買主は売主に対し価値または価値減少を賠償し  
なければならぬ。
- (10) BGB 四六七条 三四六条ないし三四八条、三五〇条ないし三五四条および三五六条の約定解除権に関する諸規定を解除  
(Mandlung) に準用するが、しかし三五二条の場合において、瑕疵 (Mangel) が物の加工 (Umgestaltung) のさいに初めて明らか  
になるときは、解除は排除されない。売主は買主に契約費用の賠償をもしなければならぬ。
- (11) BGB 六三三条二項 仕事がこの性質を有しないときは、注文者は瑕疵の除去を要求することができる。この場合に四六二 a 条  
を準用する。請負人は、除去が過分な費用を要するときは除去を拒絶することができる。
- (12) BGB 四七二条 (1) 減額のさいに売買代金は、売買の時点における瑕疵のない状態における物の価値と現実の価値との割合に応  
じて引き下げられるべきである。(2) 複数の物の売買において個々の物のみを理由とする減額が全体価値に対しておこなわれる場合  
には、価格の引き下げにさいしてすべての物の全体価値が基礎とされるべきである。
- (13) BGB 四四七条 (1) 売主が買主の要求にもとづき売買目的物を履行場所とは異なる場所に託送するときは、売主が物を運送取扱  
人、運送人その他の運送機関に引き渡したときに危険は買主に移転する。(2) 買主が託送の方法について特別な指図をし、売主が差  
し迫った理由なく指図に反するときは、売主は買主に生じた損害に対し責任を負う。
- (14) BGB 六四二条 (1) 仕事の完成 (Herstellung) のさいに注文者の行為を要する場合に、注文者がその行為をしないことによつて

受領遅滞にあるときは、請負人は相当な補償を要求することができる。(2)補償の額は、一方で遅滞の継続期間と合意された報酬の額にしたがって、他方で請負人が遅滞のために出費を免れ、またはその労働力をその他に使用することによって得ることができる額にしたがって定まる。

(15) BGB 六四五条 仕事が、請負人の責に帰すべき事由が共働することなく、注文者の供給した材料の瑕疵により、または施工のために注文者が与えた指図により受領の前に滅失・毀損または完成できなくなっているときは、請負人は給付された仕事 (Arbeit) に相当する部分の報酬と報酬のなかに含まれていない出費の賠償を要求することができる。契約が六四三条によって解消される場合も同様である。(2)有責にもとづく注文者のより一層の責任は影響をうけない。

(16) VOB/B §13 「瑕疵が、仕事の仕様書または発注者の指図、発注者によって提供されたか指定された材料・部品または他の請負人による先行の仕事の性質に帰せられるときは、受注者はこの瑕疵に関する瑕疵担保を免れる。ただし、§ 2 Nr. 3 によって受注者に課されている懸念されうる瑕疵についての通知を受注者が怠っている場合を除く。」VOB は注文者によって与えられたすべてのデータに関する請負人の検査・指摘義務を規範化し (§ 2 Nr. 3 VOB/B)、「請負人がこの義務を履行しているかぎり、注文者の指図に起因するすべての瑕疵から請負人を解放している (§ 13 Nr. 3 VOB/B)」。なお、VOB 契約に関する最近の文献として、栗田哲男「建設工事契約瑕疵担保責任の期間制限」法学志林八三巻一号(一九八五年) 四七頁以下がある。

(17) Fritz Nicklisch, Risikoverteilung im Werkvertragsrecht bei Anweisungen des Bestellers, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, 1976, S. 731ff. Nicklisch は請負人の厳格な結果責任の例外としての指図規範について、VOB よりもきめ細かな内容の立法化を提唱している。注文者の指図は明示的または黙示的な法律行為による危険引受を伴っている場合に危険移転をもたらす。この関連で、危険分配の三類型を区別する。①請負人が完全に無制限な危険を引き受けている場合。②請負人がまずは危険を引き受けるけれども、当然の疑問を主張することによる危険の移転の可能性を留保している場合。③請負人は危険から解放されているけれども、検査・通知義務に違反しているときにはやはり責任を負う場合。請負人による当然の疑問の指摘にもかかわらず、指図に従うことを注文者が固執する場合には、危険引受を推断する。かりに同時に、危険を引き受けない旨の意思表示をしても、事実上反する宣言 (prostatato facto contraria) として顧慮されない。

(18) BGB 六五〇条 (1) 請負人が見積もりの正しいことを保証 (Gewähr) することなく、費用見積もりが契約の基礎に置かれている場合に、その本質的な超過なしには仕事を完成することができないことが明らかになるときに、注文者がこの理由にもとづいて契約を解約告知するときは第六四五条一項に定められた請求権のみが請負人に帰属する。(2) 見積もりのそのような超過が予想されるときは、請負人は注文者に遅滞なく通知しなければならない。

- (19) BGB一九五条 通常の消滅時効期間は三〇年である。
- (20) BGB二一八条 (1)既判力を伴って確定された請求権はその請求権自体が短期の消滅時効に服するときも三〇年で消滅する。強制執行可能な和解・証書にもとづく請求権および破産手続きによる確定によって強制執行可能となっている請求権についても同様である。
- (21) BGB六三九条 (1)第六三八条に示された注文者の請求権には、買主の請求権に関する諸規定である第四七七条二項・三項および第四七八条・第四七九条を準用する。(2)請負人が注文者の了解のもとで瑕疵の存否についての検査または瑕疵の除去をおこなっているときは、消滅時効は請負人が検査の結果を注文者に通知し、または瑕疵を除去した旨を表示し、または除去の継続を拒絶するまで停止している。
- (22) BGB二二五条 消滅時効を法律行為によって排除または困難にすることはできない。消滅時効を容易にすること、とくに消滅時効の期間を短縮することは許される。
- (23) BGB四七七条 (1)解除または減額を求める請求権および保証された性質の欠缺 (Mangel) にもとづく損害賠償請求権は、売主が悪意で黙秘していないかぎり、動産の場合には引渡 (Ablieferung) のときから六か月で、土地の場合には引渡 (Übergabe) のときから一年で消滅時効にかかる。
- (24) BGB六三八条 (1)仕事の瑕疵の除去を求める注文者の請求権および瑕疵により注文者に帰属する解除・代価減額または損害賠償の請求権は、請負人が瑕疵を悪意で黙秘していないかぎり、六か月で、土地に関する仕事 (Arbeit) の場合には一年で、建築物の場合には五年で消滅時効にかかる。消滅時効は仕事の引取でもって始まる。(2)消滅時効期間は契約によって延長することができる。
- (25) D. Medicus, Gesetzgebung und Jurisprudenz im Recht der Leistungsstörungen, Besprechung von H. H. Jakobs, AcP186 (1986), S. 268ff.; ders., Probleme um das Schuldverhältnis, 1987.
- (26) BGB六一八条 (1)使用者は労務給付の性質上許される限度で被用者の生命および健康に危険が生じないように労務提供の用に供した場所と設備・器具類を設置・維持し、また自己の命令または指図の下でなすべき労務提供を規律しなければならない。(2)被用者を家庭共同体に入れたときは、使用者は居室・寝室、給食ならびに勤務・休憩時間について、被用者の健康・習慣・宗教により必要となる施設および規則をつくらなければならない。(3)使用者が被用者の生命・健康に関して負担する義務を履行しないときは、使用者の損害賠償義務に不法行為に関する八四二条ないし八四六条の規定を準用する。

## 二 フーバーの法律提案モデル

## 第一節（給付障害に関する一般規定）

## 第二七五条（債務者の責任）

- (1) 債務者が、とくに債務の目的たる給付を定められた期日 (Zeit) に、もしくは債務関係の内容に従って負っている方法で実現しない、または不作為義務に違反してふるまうことによってその債務 (Verbindlichkeit) を履行しない場合（不履行 Nichterfüllung）、債権者は履行とみずからに生じた損害の賠償とを要求することができる。
- (2) 法律によってとくに定められた場合において、債権者は履行に代えてつぎのことを要求することができる。
  1. 給付の受領を拒絶し、債務全体の不履行による損害賠償を要求する。
  2. 債務が双務契約にもとづく場合に、契約を元に戻して（解除 Rücktritt）、債務全体の不履行による損害賠償を要求する。
  3. 債務が、複数の連続する給付、反復される給付、継続的給付を内容とする双務契約にもとづく場合に、契約を将来へ向けて解消し（解約告知 Kündigung）、将来に期限の到来する給付の不履行による損害賠償を要求する。
  4. 債務が双務契約にもとづく場合に、債権者の負担する反対給付を縮小する（減額 Minderung）。
- (3) 不履行が債務者の責に帰すべからざる事由にもとづいているときは、債権者は履行および損害賠償を要求することができない。証明責任は債務者にある。解除、解約告知、減額についての債権者の権利は影響をうけない。
- (4) 債務者の責に帰すべからざる事由が給付を一時的に妨げているときには、給付障害が存続している間、履行および損害賠償を求める債権者の請求権は排除されている。期日の経過のためにはや債務の履行とみなすことができないほど給付が根本的に変わってしまうときには、債務者は給付を究極的に拒絶することができる。債務者の責に帰すべからざる

らざる事由が給付の一部のみを妨げているときは、履行および損害賠償を求める債権者の請求権は給付の当該部分に  
関してのみ排除される。

(5) 債務者がみずからに属する給付拒絶権を行使するときには、本条一項・二項に従って債権者に属する権利は、給付拒  
絶権が成立した時点からその効力を失う。消滅時効のときには、請求権の成立の時点からその効力を失う。

## 第二七五 a 条 (催告)

(1) 給付の時期が暦に従って、または暦に従って計算しうるように定められていないとすれば、債権者は、履行期の到来  
後、給付を実現することを要求した場合にのみ (催告)、適時でない履行にもとづく損害賠償を要求することができ  
る。催告以前に発生した損害は賠償しなくてよい。

(2) 期限の到来後に債権者が債務者に対し給付の実現のための期間 (猶予期間 *Nachfrist*) を定めることを催告の内容と  
することもできる。遅延した給付によって債権者に生じた損害を賠償する債務者の義務は、疑わしきときは、猶予期  
間の指定によって影響をうけない。

(3) 督促手続きにおける督促決定の送達および給付訴訟の提起は催告とおなじである。訴訟係属後にはじめて請求権の履  
行期が到来する場合には、あらかじめ催告をする必要はない。

(4) 債務の目的たる給付が不能である場合、または債務者が債務の目的たる給付を実現することを真剣かつ究極的に拒絶  
する場合、または債務者が給付を実現しないであろうことがその他の理由から明らか場合には、催告は必要ない。  
諸事情から催告の必要性のないことが明らかな場合、とくに債務者が給付を遅滞なく実現することを義務づけられて  
いる場合も同様である。

## 第二七五 b 条 (遅滞)

(1) 履行期までに給付を実現しない債務者は遅滞にある。第二七五 a 条に従って催告が必要な場合には、催告がおこなわ

れたときのみ遅滞が生じる。債務者の責に帰すべからざる事由のために給付がおこなわれていないときには、遅滞は生じない。

(2)債務者に帰属する給付拒絶権を債務者が行使する場合、遅滞はなくなる。この場合に第二七五条五項を準用する。

#### 第二七六条（帰責）

(1)契約によって債務関係が成立している場合に、契約に従って債務者が、不履行の起因となつてい事情を考慮し、回避もしくは克服することを義務づけられていないときは、債務者はこの事情に責を負わない。基準となるのは、契約の内容と契約締結のさいの両当事者の意図であり、特定の意図を確定することができないときは、思慮ある両当事者が同じ状態において通常有するような意図である。

(2)別段の定めがないかぎり、疑わしきときは、故意または過失によって惹起しまたは阻止しなかつたすべての事情に契約債務者は責を負わなければならない。債務者の営業または独立して営まれている職業上の活動、その他の事業の範囲内において債務が成立している場合、別段の定めがないかぎり、疑わしきときは、契約債務者が職業上の知識と能力を欠いていることよつて生じているか、または契約債務者の事業領域にその起源を有し、期待可能な措置によつて通常回避されうるすべての事情に契約債務者は責を負わなければならない。不履行が労働争議の結果である場合には、本項一文・二文の責任は成立しない。本条第一項によつて成立している責任は影響をうけない。

(3)債務関係が契約にもとづかない場合は、別段の定めがないかぎり、債務者は故意と過失に責任を負わなければならない。

(4)債務者は故意による責任をあらかじめ免責されることはできない。

#### 第二七六 a 条（過失）

(1)取引上必要な注意を払っていない者は過失によつてふるまつてい。第八二七条・第八二八条を適用する。異常なま

たは特別に危険なやり方で取引上必要な注意を払っていない者は重過失によりふるまっている。そのふるまいは、重大な人的非難にもとづくか、当事者が法律行為による取引への関与のさいに通常の知識と能力を特別に欠いているということにもとづかなければならない。自己のものに常に払うであろうような注意に関してのみ責任を負わなければならない。重過失による責任からは解放されない。

第二七七条 削除

第二七八条（履行補助者に対する責任）

(1) 債務者は、自己の有責 (Verschulden) について責任を負う範囲で、不履行が起因するつぎの第三者の有責についても責任を負わなければならない。

1. 第三者が債務者の法定代理人である場合

2. 債務者の営業または独立して営まれる職業上の活動、その他の事業の範囲内において債務が成立し、かつ第三者が事業に従事している使用人である場合

3. 債務者がその債務の履行に第三者を使用する場合

第二七六条四項は法定代理人を除くほか適用しない。

(2) 契約をとおして債務が、債務者の営業または独立して営まれている職業上の活動、その他の事業の範囲内において成立している場合、債務者は、一項に列挙された者が契約において前提とされている職業上の知識と能力を有することに関しても責任を負う。

(3) 不履行が労働争議の結果であるかぎり、一項による債務者の責任は成立しない。第二七六条一項によって成立している責任は影響をうけない。

第二七九条 削除

## 第二八〇条（本来の給付に代わる損害賠償を求める債権者の権利）

(1) 債務の目的たる給付が不能である、または債務者が債務の目的たる給付を実現することを真剣かつ究極的に拒絶する、またはその他の理由から、債務者が債務の目的たる給付を実現しないだろうことが明らかである場合は、債権者は給付がなお可能であるかぎり、給付の受領を拒絶し、債務全体の不履行による損害賠償を要求することができる。第二七五条三項四項は影響を受けない。

(2) 債務者が既判力のある敗訴判決を受けているときは、債権者は給付の実現のために債務者に猶予期間を設定しうる。給付が猶予期間内に実現されないときは、債権者は給付の受領を拒絶し、給付に代えて不履行による損害賠償を要求することができる。

(3) 債務者が遅滞にあり、給付が遅滞のために債権者にとってまったく利益を有しないときは、債権者は給付の受領を拒絶し、給付に代えて不履行による損害賠償を要求することができる。

(4) 債務の目的たる給付の一部に関してのみ一項二項の要件が存在する場合に、一部履行が債権者にとって全く利益を有しないときは、債権者は債務全体の不履行による損害賠償を要求することができる。約定解除権に関する第三四六条ないし第三五六条の規定を準用する。

(5) 双務契約にもとづく債務に関しては、債務が給付と反対給付の関係にあるかぎり、第三二六条ないし第三二七b条の諸規定を適用する。その場合には、一項ないし四項を適用しない。

## 第二八一条（代償物）

不履行をもたらず事情により債務者が債務の目的たる給付の代わりに代償物または代償請求権を取得するときは、債権者は履行に代えて代償として受領したものの引渡または代償請求権の譲渡を要求することができる。

## 第二八一条 a 条（損害賠償）

(1) 債務関係の内容と債務者の知りうる諸事情とを考慮して、不履行のありうる結果として債務者が予見し、回避し、自らのふるまいのさいに考慮しなければならなかったような損害の賠償のみを債権者は不履行の結果として要求することができ、債務関係が契約にもとづくときは、債務者が契約締結のさいに知りえたかまたは知るべきであったような諸事情が基準である。

(2) 債権者は、損害を回避し削減するために、諸事情に従って適切かつ期待可能な予防措置をする義務を負う。主として債権者が必要な予防措置をしなかったことよって損害が生じているかぎり、債権者は損害を賠償する必要はない。その他の点については、第二五四条一項を適用する。

第二八二条—二八六条 削除

第二八七条（特定物の引渡義務の場合の損害賠償）

(1) 債務者が特定物を引き渡さなければならぬときは、遅滞発生後、毀損・滅失を通して、またその他の理由から生じている引渡の不能を通して生じている損害を債務者は賠償しなければならない。毀損・滅失・不能が偶然にもとづく場合も同様である。ただし、適時の給付の場合にも損害が生じていたであろう場合を除く。

(2) 使用利益の引渡と代償を求める債権者の請求権と費用の償還を求める債務者の請求権は、遅滞発生から、所有者と占有者との間の関係に関して訴訟係属の発生から適用される諸規定に従って決定される。

(3) 引渡請求権が訴訟係属し、期限が到来している場合に、債務者が遅滞にないときは、一項および二項を準用することができる。毀損・滅失・その他の理由から生じる引渡の不能に関して、債務者はみずからの有責にもとづく場合のみ責任を負う。

第二八八条（金銭債務の場合の損害賠償）

(1) 金銭債務は遅滞の間、そのときの連邦銀行割引率を越えて四%の利息を払わねばならない。ただし、債権者がその他

の理由からより高い利息を要求することができる場合を除く。債権者はより一層の損害を主張することを妨げられない。

(2) 一項による利息支払義務は、債権者は遅滞にないが、金銭債務は訴訟に係属しており、履行期が到来しているときも存在している。

(3) 遅延利息と訴訟利息を利息から弁済することはできない。利息の支払が適時に行われていないことから生じた遅延損害の賠償を求める権利は影響をうけない。

### 第二八九条—第二九二条 削除

#### 第二九二a条（利得の調整）

債権者が不履行により第二八一条に従って代償物の引渡もしくは代償請求権の譲渡を求める請求権を有するか、または使用利益の引渡もしくは代償を求める請求権を有する場合に、債権者がこれらの権利を行使するときは、獲得された代償物または代償請求権の価値だけ、そして代償され引き渡された使用利益の価値だけ賠償されるべき損害は減縮される。

#### 第二九二b条（不法行為法上の諸規定の準用）

(1) 債務者が不履行により身体侵害または生命侵害による損害賠償をしなければならないときは、第八四二条ないし第八四七条の諸規定を準用する。

(2) 債務者が不履行により身体侵害もしくは生命侵害を理由としてまたは他人の財産の毀損もしくは破壊を理由として損害賠償をしなければならないときは、請求権の消滅時効に関して第八五二条の規定を準用する。別段の定めがない限り、債務関係にもとづくその他の請求権に関して異なる消滅時効期間が定められている場合も同様である。

### 第三〇六条—第三〇九条 削除

第二節（双務契約の場合の給付障害）

第三二〇条（同時履行の原理）

双務契約にもとづく債務は、その債務が給付と反対給付という関係にあり、法律・契約・諸事情または債務の目的たる給付の性質から別のことが明らかでないかぎり、同時に履行されるべきである。

第三二〇 a 条（訴訟外における同時履行の抗弁）

(1) 給付が同時に履行されるべき場合に、債権者が契約に従って実現されるべきであるように反対給付を提供しないときは、債務者は給付を拒絶しうる。提供に関しては民法第二九三条ないし第二九九条を準用する。

(2) 給付を拒絶する権利は、反対給付が一部のみ実現され、または提供されているときも存在する。ただし、拒絶が諸事情によって、とりわけ残余の部分が比較的些細であるがゆえに、信義誠実に違反している場合を除く。

(3) 給付が不能であるとき、または債務者が契約によって定められた方法で給付を実現することを真剣かつ究極的に拒絶しているとき、または債務者が給付を実現しないであろうことがその他の理由から明らかであるときは、債務者は、一項に従った給付拒絶権を援用することはできない。第三二二条一項の規定は影響をうけない。

(4) 一項の給付拒絶権を担保の提供によって回避することはできない。

第三二一条（財産状態の悪化、明らかに差し迫った不履行）

(1) 双務契約にもとつき先履行を義務づけられている債務者は次の場合には給付を拒絶しうる。

1. 契約締結後、債権者は反対給付を実現しないだろうという恐れの正当な原因を与える債権者の財産状態の悪化が生じているとき。

2. 反対給付が不能であるとき、または債権者が反対給付を実現することを真剣かつ究極的に拒絶しているとき、またはその他の理由から債権者が反対給付を実現しないであろうことが明らかであるとき。

この場合に第三二〇a条二項および三項の規定を準用する。

(2) 給付を拒絶する権利は、債権者が担保を提供するとき、または反対給付を実現するとき、または双方の給付義務の内容に従ってこのことが可能であるかぎり、給付の実現と同時に反対給付を提供するときは失われる。

(3) 給付のために債務者の側で必要なことを債務者がおこなっており、給付結果の発生がなお債権者の行為または不作為にかかっているときは、債務者は一項の要件の下で、給付を受領しないように債権者に要求することができる。この場合に二項を準用する。

### 第三二二条（訴訟における同時履行の抗弁）

(1) 双務契約にもとづき当事者の一方がみずからに属する給付を求めて訴えを提起する場合に、給付が第三二〇条に従って同時に実現されるべきときには、反対当事者は同時履行の敗訴判決をうけるべきである。ただし、原告がみずからの給付をすでに実現している場合を除く。

(2) 原告が先履行しなければならず、第三二一条に従って原告に属する給付拒絶権を行使しているか、または反対当事者が受領遅滞にあるときは、給付義務の内容に従ってこのことが可能であるかぎり、反対当事者は同時履行の敗訴判決を、そうでないときは留保なしに履行の敗訴判決をうけるべきである。

(3) 強制執行に関し、第二七四条二項の規定を適用する。

### 第三二三条―第三二五条 削除

### 第三二六条（猶予期間指定後の解除）

(1) 双務契約において債務者が給付を定められた期日に実現しないときは、債権者は債務者に給付の実現のために猶予期間を指定することができる。給付が猶予期間の経過までに実現されなるときは、債権者は契約を解除することができる。

(2) 猶予期間の経過後、債権者が解除の表示をする前に給付が実現されると、債権者は解除を遅滞なく表示していないときは、解除権を失う。

(3) 債権者によって指定された猶予期間が相当でないときは、給付が相当な期間内に実現されないときに、債権者は解除することができる。

### 第三二六 a 条（本質的契約侵害の場合の即時解除権）

(1) 双務契約において債務者が定められた期日に給付をしないときに、定められた期日における不履行が本質的な契約侵害を意味するときは、債権者は、猶予期間の指定を必要とすることなしに解除することができる。

(2) 契約侵害が契約の実現についての債権者の利益が失われる結果をもたらし、かつ債務者がこの結果を契約締結のさいに予見していたかまたは予見すべきであったときには、契約侵害は本質的である。

(3) 定められた期日における不履行は、次の場合に、疑わしきときは本質的契約侵害とみなされるべきである。

1. 確定された期日にまたは確定された期間内に給付が厳格に実現されるべきことが合意されているとき。

2. 契約が、取引所価格または市場価格を有する商品または有価証券の交付を目的物としているとき。

(4) 債権者が猶予期間を指定しているときは、本条一項の要件が存在するときも猶予期間の経過前に債権者は解除をすることはできない。

### 第三二六 b 条（不能、履行拒絶、明らかに差し迫った不履行）

双務契約において債務者の給付が不能であるか、または契約によって定められた方法で給付を実現することを債務者が真剣かつ究極的に拒絶しているか、またはその他の理由から債務者が給付を実現しないだろうことが明らかであるときは、債権者はみずからの請求権の履行期前においても、猶予期間の指定なしに解除することができる。

### 第三二六 c 条（給付の一部不履行、付随義務の不履行）

(1) 双務契約において債務者が給付を一部実現しないときは、債権者は第三二六条ないし第三二六b条の要件の下で第四七二条・第四七三条の基準に従って減額することができる。より一層の損害の賠償を求める権利は影響をうけない。一部不履行が本質的な契約侵害を意味するときは、債権者は第三二六条ないし第三二六b条の要件の下で契約を解除することができる。

(2) 債務者が、契約上の主たる義務の履行を準備または補完する義務を履行しない場合に、義務の不履行が本質的な契約侵害を意味するときは債権者は契約を解除することができる。

### 第三二六d条（継続的供給契約、継続的債務関係、反復的債務関係）

(1) 双務契約において当事者の一方が複数の連続する給付、反復される給付または継続的給付を実現することを義務づけられており、債務者による個々の給付義務の不履行が、将来の給付義務もまた履行されまいであろうという恐れの下に、当な原因を債権者に与えるときは、債権者は契約を解約告知することができる。

(2) 解約告知により生じる将来の不履行が、すでに実現された給付を顧慮しても本質的な契約侵害を意味するときは、債権者は契約全体を解除することができる。

### 第三二七条（解除）

解除によって両当事者は、事情によっては生じる損害賠償義務を除いて、給付義務から解放される。両当事者は、すでに受領した給付を相互に返還する義務を負う。その他の点については、約定解除権に関する第三四六条ないし第三五六条の諸規定を準用する。

### 第三二七a条（解除の場合の損害賠償）

第三二六条ないし第三二六d条に従って契約を解除または解約告知する債権者は、契約の不履行による損害賠償を要求することができる。債権者は解除に代えて、債権者みずからの給付の実現と引き換えに、債務者の債務全体の不履行

による損害賠償も要求することができる。不履行が債務者の責に帰すべからざる事由にもとづくときは、このかぎりではない。

第三二七b条（填補購入、抽象的損害算定）

(1) 契約が物または有価証券の給付を目的物とし、契約を解除している債権者が填補購入または填補販売を相当な方法でおこなっているときは、債権者は契約において合意された価格と填補購入または填補販売のより不利な価格との間の差額を要求することができる。

(2) 取引所価格もしくは市場価格を有する商品または有価証券が問題であるときは、債権者は、填補取引を締結しえたであろう取引所価格もしくは市場価格をより一層の損害の証明なしに填補取引の価格とすることができる。履行場所またはその他の相当な場所における、債権者の契約解除権が成立した時点での取引所もしくは市場価格が基準である。

(3) 債権者はさらに、契約と解除を通してみずから生じた費用の償還を損害賠償として要求することができる。

(4) より一層の損害の主張は排除されない。

第三二七c条（債権者の契約侵害）

(1) 双務契約において債務者による不履行が債権者の責に帰すべき事由にもとづいているか、または債権者の遅滞後に債務者の給付が債務者の責に帰すべからざる事由により不能または本質的に困難になるときは、債務者は自己の給付を実現することなく反対給付を要求することができる。この場合に第二八一条を適用する。不能または困難が債務者の責に帰すべき事由にもとづくときは、債務者は一般規定に従って責任を負う。

(2) 双務契約において債務者が先履行を義務づけられており、債務者が第三二二条一項一号に従って債務者に帰属する給付拒絶権を行使しているときは、債務者は債権者に猶予期間を指定して反対給付を実現するかまたは担保を提供するかを要請することができる。債権者が猶予期間の経過まで反対給付を実現しないか、または双方の給付義務の内容に

従ってこのことが可能であるかぎり、債務者の給付の実現と引き換えに反対給付を提供するか、もしくは担保を提供することをしないとときは、債務者は契約を解除することができる。この場合に第三二六条二項および三項を準用する。債務者が解除をするときは、債務者は契約の不履行による損害賠償を要求することができる。

### 第三二七d条（無効な双務契約の清算）

(1) 双務契約が無効であり、当事者の一方または両当事者が各々の給付を、少なくともその一部を実現しているときは、両当事者の返還義務について、約定解除権に関する第三四七条、第三四八条、第三五四a条ないし第三五四d条の諸規定を準用する。

(2) 当事者の一方の行為能力の欠缺のゆえに契約が無効であるときは、行為能力のない当事者は不当利得の返還についての諸規定に従ってのみ責任を負う。ただし、行為能力のない当事者の法定代理人の処分権限における本質的変更なしに給付が得られている場合を除く。

(3) 不履行による損害賠償を要求する当事者の一方の権利は、この権利が契約の有効性を前提としていないかぎり、影響をうけない。

### 第三節（解除）

#### 第三四六条（解除の効果）

(1) 契約において当事者の一方が解除権を留保している場合に、解除がおこなわれるときは、両当事者は各々の給付義務から解放される。

(2) 当事者は相互にすでに受領している給付を返還する義務を負う。給付が労務または物の使用利益の譲渡を内容とする場合には、価値が償還されるべきであり、また契約において反対給付が金銭で定められているときはこれを支払わな

なければならない。給付の返還が、二文の場合以外に、給付の性質のゆえにできないか、または過大な費用を伴ってのみ可能であるときは、不当利得の返還についての諸規定に従って価値が償還されるべきである。返還義務のある当事者が第三五一条の意味において責を負わねばならない後発的な価値減少は、その者の負担になる。

(3) 解除の時点において成立している損害賠償義務は解除によって影響をうけない。

### 第三七条（使用利益の返還、出費の償還、責任）

(1) 物または金銭以外のその他の目的物が返還されるべきときは、返還義務を負う当事者は第三四六条二文の場合以外に、使用利益の返還または償還をする義務を負い、みずからの出費の償還を求めることができる。所有権者と占有者との間の関係に関して所有権にもとづく請求権 (*Eigentumsanspruch*) の訴訟係属の発生から適用される諸規定を準用する。

(2) 金銭には受領の時から利息を支払うべきである。

(3) 返還義務の不履行による責任は第三五一条ないし第三五四条に従う。

### 第三四八条（同時履行）

解除から生じる諸義務は同時に履行されるべきである。この場合に第三二〇条、第三二〇a条、第三二二条の諸規定を準用する。

### 第三四九条（解除の意思表示）

(1) 解除は相手方に対する意思表示によっておこなう。

(2) 解除権が期限つきであるときは、期限を守るためには適時に意思表示を発信すればたりる。

### 第三五〇条 削除

### 第三五一条（解除権者の返還不能）

(1) 解除権者が受領した目的物を本来の状態において返還することができないときは、解除権は排除される。本質的な

い毀損と通常の使用を損なわない毀損は問題にならない。本来の状態での返還の不能が二項により解除権者に帰責されえないときは、解除権は存続する。

(2) つぎの各号の場合を除いて、解除権者は本来の状態での返還の不能に責を負わねばならない。

1. 相手方がみずからの債務を履行しなかったことに、不能がもつづくとき。
2. 相手方が瑕疵ある物を給付し、不能が、権利者が瑕疵の発見の前におこなった物の通常の検査または加工の結果であるとき。

3. 不能が偶然にもつづくとき。

不能が、解除権者の行為とくに目的物の使用または目的物の処分によって引き起こされていないとき、および解除権者が目的物の管理のさいに取引上必要な注意を払っていなかったということに不能が帰せられないときは不能は偶然にもつづく。この場合に第二七八条を準用する。強制執行もしくは仮差押の方法によってまたは破産管財人によっておこなわれる処分は解除権者の処分と同じである。

(3) 一項に従って解除を排除する事情が解除の意思表示後に生じているときは、解除は無効になる。相手方が受領遅滞にあるときは、解除権者は管理のさいの不注意について第三〇〇条一項の基準に従ってのみ責を負わねばならない。

### 第三五二条 削除

### 第三五三条 削除

### 第三五四条 (解除権者による返還義務の不履行)

解除権者が解除の意思表示後に受領した目的物の返還義務を履行しないときは、解除の相手方は返還に関し解除権者に猶予期間を指定することができる。返還が猶予期間の経過までに実現されなるときは、解除の相手方は、返還を拒絶する旨を意思表示することができる。この意思表示によって解除は無効となる。第三五一条二項、三項二文に従って解

除権者が責を負わない事情により返還されていないときには、このかぎりではない。ただし、解除権者がこの事情の発生のさいに返還義務の履行について遅滞にあったときを除く。

第三五四 a 条（解除の相手方の返還不能）

(1) 解除相手方が受領した目的物を本来の状態で返還することができないときは、解除権者は価値の賠償を要求することができる。この場合に第三五一条一項二文を準用する。

(2) 解除相手方が本来の状態での返還の不能に責を負わないときは、賠償義務は生じない。第三五一条二項、三項二文を準用する。この場合には、解除権者は解除を撤回することができる。

第三五四 b 条（解除の相手方の返還義務の不履行）

解除相手が受領している目的物の返還義務を履行しないときは、解除権者は返還のために猶予期間を相手方に指定することができる。返還が猶予期間の経過までに実現されないときは、解除権者は価値の賠償を要求することができる。

解除相手方が責を負わない事情により返還されていないときは、このかぎりではない。この場合に第三五一条二項、三項二文を準用する。

第三五四 c 条（本質的でない毀損）

通常の使用に支障のある非本質的な受領目的物の毀損が目的物の価値を減少させるかぎり、返還義務ある当事者はその毀損を金銭で調整しなければならない。返還義務のある当事者が第三五一条二項、三項二文の意味において責を負わない事情に毀損がもついているときは、このかぎりではない。

第三五四 d 条（遅滞）

第三五四条ないし第三五四 c 条の諸場合において、返還義務のある当事者の遅滞にもとづくより一層の責任は影響をうけない。

## 第三六一条 削除

## 第四節（売買の場合の瑕疵担保責任）

## 第四五九条（瑕疵のない提供をする義務）

- (1) 物の売主は、危険が買主に移転する時点において瑕疵（Mangel）のない物を買主に供給する義務を負う。
- (2) 危険移転の後に生じている瑕疵に対しては、瑕疵が売主の責に帰すべき事由にもとづいているときにのみ売主は責任を負う。
- (3) つぎの場合に物の瑕疵が存在する。
  1. 物が、契約において明示的もしくは黙示的に予定されている性質または特性を持っていないとき。
  2. 試品または見本によつて販売されている物が試品または見本に一致しないとき。
  3. 物が、契約において明示的または黙示的に予定されている使用に適さないうとき。ただし、その点において売主の判断と専門知識とを買主が信頼する原因がないときを除く。
  4. 特別な定めを欠いている場合に、販売された種類の物がその通常の使用に適さないうとき。
  5. 販売された物とは違う物または他の種類の物が供給されているとき。
  6. 販売された物またはその数量の一部のみが供給されているとき。
  7. 特定物の販売の場合に、売主が契約締結のさいに欠陥（Fehler）を知っていたかまたは諸事情に照して知りえたであろうことを前提として、契約において予定されている価値を減らすその他の欠陥が物に付着しているとき。
- (4) 危険移転のさいに物に瑕疵がないことに関する証明責任は売主にある。買主が物を履行として受領したときは、証明責任は買主に移る。ただし、買主が受領のさいにまたは受領後遅滞なく通知しているときを除く。売主が三項七号の

意味における認識を有していたことに関する証明責任は買主にある。

#### 第四六〇条（買主の認識）

(1) 買主が契約締結のさいに知っていたかまたは諸事情に照して知りえたであろう瑕疵に関しては、売主は責任を負わない。

(2) 買主が瑕疵ある物を履行として受領したときは、買主が受領のさいに知っていた瑕疵に関して売主は責任を負わない。ただし、買主がみずからの権利を受領のさいにまたはその後遅滞なく留保している場合を除く。

#### 第四六一條（担保販売）

物が担保権にもとづいて公の競売において担保としての表示の下で販売されているときは、売主は瑕疵に関しては責任を負わない。

#### 第四六一 a 条（瑕疵の除去を求める請求権）

(1) 物に瑕疵があるときは、売主が物またはその数量の欠けている部分を供給することによって、または物が種類によってのみ定められているときは、契約に合致する別の物を供給すること（代物給付）によって、またはこのことが可能であるかぎり、物を瑕疵のない状態にすること（修補）によって売主が物の瑕疵を除去することを買主は要求することができる。修補が不均衡な出費を必要とするか、またはみずからの資力でもって実現できないときは、売主は修補を拒絶することができる。買主に修補の受領が期待されえないときは、買主は修補の受領を拒絶することができる。

(2) 代物給付によっても修補によっても瑕疵を除去することができるときは、選択権は売主に属する。

(3) 売主は代物給付および修補のために必要な出費、とくに移送・通行・労務・資材の費用を負担しなければならない。販売された物が引渡の後、受領者の住居または営業上もしくは職業上の居住地以外の場所において使用されているがゆえに費用がよりかさむ場合には、このかぎりではない。ただし移動が、指定どおりの物の使用に一致している場合

を除く。

(4) 代物給付請求権に関しては、第三四六条ないし第三五六条を準用し、修補請求権に関しては第三四九条、第三五五条および第三五六条を準用する。

第四六二条（解除権、減額権と損害賠償の権利）

(1) 売主が瑕疵のない物を調達する義務を履行しないときは、さらに買主の権利は第二七五条と第三二〇条ないし第三二七c条に従って決定される。

(2) 第三二六条ないし第三二六b条の諸要件の下で、買主は解除していないかぎり、第四六一a条に従って修補による除去が売主に義務づけられている瑕疵をみずから除去し、必要な費用の償還を要求することができる。

(3) 第三二六条ないし第三二六b条の諸要件の下で、買主は、解除したりまたは瑕疵の除去の費用を二項に従って売主に請求したりしていないかぎり、売買代金を減額することができる。この場合に第三四九条、第三五五条、第三五六条を準用する。

(4) 瑕疵が本質的な契約侵害を意味しないときは、買主の解除権は排除される。

第四六二a条（より一層の法的救済の排除）

物の瑕疵ある性質にもとづく売主に対する買主の権利は、第四六一a条、第四六二条に定められた権利以外にない。

ただし、瑕疵を悪意で黙秘していたかまたは買主に故意に損害を与えた場合を除く。買主が物の瑕疵ある性質のために人的損害を被っているときには、一般規定による売主の責任は影響をうけない。

第四六三条―第四七一条 削除

第四七二条（減額の算定）

(1) 減額のさいに売買代金は、危険移転の時点における瑕疵ある物の価値が、契約締結の時点において瑕疵なき物が有し

ていたであろう価値に対する割合で引き下げられるべきである。第四五九条二項の場合において、瑕疵の発生後に、瑕疵ある物が有する価値が基準である。重要でない価値の差は顧慮されない。

(2) 一つの全体価格で複数の物が販売されている場合において、個々の物を理由としてのみ減額がおこなわれるときは、価格の引き下げのさいにすべての物の全体価値が基礎にされるべきである。

#### 第四七三条（売買価格としての物の給付）

(1) 金銭で設定されている売買価格とともに買主の付加的な給付が合意されているときは、この給付は減額の算定のさいにこの給付が契約締結の時点で有していた価値でもって売買価格に付加されるべきである。売買価格のうち金銭で支払われるべき部分から減額されるべきである。この価格が引き下げられるべき額よりも低いときは、売主は超過額を買主に償還すべきである。

(2) 買主の付加的な給付が代替物の供給を内容とするときは、買主は、一項二文に従って売買価格のうち金銭において給付されるべき部分から減額するか、または売買価格のうち代替物において給付されるべき部分から減らすかの選択権を有する。

#### 第四七四条 削除

#### 第四七五条（複数の瑕疵）

(1) ある特定の瑕疵を根拠とする減額意思表示によって、買主は、別の瑕疵を理由として第四六一 a 条、第四六二条に従ったみずからの権利をさらに行使することを妨げられない。ただし、減額意思表示をした時点で買主がその別の瑕疵を知っていた場合は除く。

#### 第四七六条（悪意の場合の契約上の責任排除）

瑕疵についての売主の責任を排除または制限する合意は、売主が瑕疵を悪意で黙秘していたときは無効である。

## 第四七七条（商人における検査・通知義務）

(1) 動産の買主が、商人として商業登記簿に登録されているかまたは登録義務のある企業もしくは商業登記法の第三六条に表示された企業であるときは、引渡（Ablieferung）後に買主は物を遅滞なく検査しなければならない。履行場所以外の他の場所に売主は物を送付しなければならないことが合意されているときは、指定場所への物の到着後に買主は検査をしなければならない。検査の期待可能な可能性が存在することなしに買主によって物が再送付され、かつ再送付の可能性を売主が契約締結のさいに知っていたかまたは知りえたときには、新しい指定場所に物が到着するまで検査を延期することができる。

(2) 一項一文に挙げられている諸場合において、買主が瑕疵を確認したかまたは一項に規定された検査のさいに確認しえなかに違いない時点の後、相当な期間内に瑕疵を通知しないときは、瑕疵にもとづく買主の権利は排除される。通知は、遅くとも商品の引渡後二年以内に、より長期の保証期間が合意されているときは、この期間内におこなわれねばならない。期限を守るためには通知を適時に発信すれば足りる。

(3) 売主が瑕疵を悪意で黙秘しているかまたは買主に故意に損害を加えているときは、二項は適用しない。

(4) 購入が買主の個人的な目的でおこなわれており、このことを売主が知りえたときは、一項および二項は適用しない。

## 第四七七 a 条（その他の場合における通知義務）

第四七七条に規制されていない諸場合において、物の引渡（Auständigung）から計算して二年の期間内に、建築物のときには五年の期間内に、より長い保証期間が合意されているときにはその期間内に買主が瑕疵を売主に通知していないときは瑕疵にもとづく買主の権利は排除される。売主が瑕疵を悪意で黙秘しているかまたは買主に故意に損害を加えているときは、このかぎりではない。期限を守るためには、通知を適時に発信すれば足りる。

## 第四七七 b 条（消滅時効）

(1) 瑕疵にもとづく買主の請求権は瑕疵の通知の発信後一年で消滅時効にかかる。

(2) 売主が買主との合意の下で瑕疵の検査または修補による瑕疵の除去をおこなっているときは、売主が買主に検査の結果を通知するか、または買主に対して瑕疵を除去した旨を表示するか、または瑕疵の除去を拒絶するまで消滅時効は停止されている。

#### 第四百七七c条（身体・物損害）

物の瑕疵ある性質のために身体損害または物損害を買主が被っていることにもとづく損害賠償請求権に関しては、第四百七七条ないし第四百七七b条は適用しない。

#### 第四百七八条（瑕疵の抗弁の保持）

第四百七七条二項、第四百七七a条の期間内に物の瑕疵を通知している買主は、第四百七七b条の消滅時効の発生後も自己の給付を完全にまたは一部拒絶する権利を保持する。

#### 第四百七八a条（保管義務、緊急販売）

(1) 瑕疵ある物が買主に別の場所から送付されているときは、買主は、売買価格の支払いなしに、かつ過分な迷惑と費用なしに可能であるかぎり、売主の計算において占有することを義務付けられている。売主が指定場所に自己の住居または営業上の住居を有しているとき、または指定場所に、物を売主のために保管する権限のある者が存在しているときは、このかぎりではない。買主が物を占有しているときは、買主は仮の保管のために配慮する義務を負う。

(2) 物が腐敗しやすく、腐敗の危険が迫っているときは、買主は第三八三条ないし第三八六条の諸規定に従って売却する権利と義務を負う。

(3) 買主が売主に引取を要請した後、売主が物を相当な期間内に引き取らないときは、債権者の遅滞についての諸規定を適用する。

## 第四七八b条（他人の名前での販売）

自己の営業の範囲において動産を他人の名前で販売し引き渡す者は、物を自己の名前で販売したのと全く同様に物の瑕疵に関して責任を負う。売主と代理人 (Vertreter) がともに責任を負う場合には、連帯債務者 (Gesamtschuldner) として責任を負う。

## 第四七九条、第四八〇条、第四九四条 削除

## 第五節（賃貸借の場合の瑕疵）

## 第五三六条（瑕疵のない物を引き渡す賃貸人の義務）

(1) 賃貸人は、賃借人に物を瑕疵のない状態で引き渡し、賃貸期間中瑕疵のない状態で物を維持する義務を負う。  
(2) 物の瑕疵はつぎの場合に存在している。

1. 物が、契約において明示的または黙示的に予定されている特別な性質または特性を有していないとき。
  2. 試品または見本により賃貸されている物が試品または見本と一致しないとき。
  3. 物が、契約において明示的または黙示的に予定されている使用に適さないとき。ただし、その点において賃貸人の判断と専門知識を信頼する原因を賃借人が持っていなかった場合を除く。
  4. 特別な定めを欠いている場合には、物が賃貸されている種類の物の通常の使用に適さないとき。
- (3) 物に瑕疵がないこと、または存在している瑕疵が除去されたことに関する証明責任は賃貸人にある。
- (4) 賃貸人の責任に関して第四六〇条を準用する。

## 第五三六a条（瑕疵の除去を求める賃借人の請求権）

(1) 物に瑕疵があるときは、賃借人は、このことが可能であるかぎり、物を瑕疵のない状態にすること（修補）によって、

または物が種類によってのみ定められているときは、契約に一致する別の物を用意すること（交換）によって瑕疵を除去することを賃貸人に要求することができる。修補が過大な費用を必要とするときは、賃貸人は修補を拒絶しうる。物が破壊されているときは、賃貸人は原状回復を義務づけられていない。修補の受領が賃借人に期待されえないときは、賃借人は修補の受領を拒絶することができる。

(2) 瑕疵を修補によっても交換によっても除去することができるときは、選択権は賃貸人に属する。

(3) 第四六一 a 条の三項を準用する。

(4) 交換の請求権に関しては第四四六条ないし第四五六条を、修補の請求権に関しては第三四七条と第三五五条、第三五六条を準用する。

#### 第五三七条（給付拒絶権）

(1) 賃借人は、瑕疵が予定された使用に対する物の適性を失わせるときは、適性が失われている間における賃料の支払いを拒絶することができる。第五三六 a 条一項三文により賃借人が修補の受領を拒絶することによって瑕疵の除去ができなくなるときは、このかぎりではない。

(2) 瑕疵によって予定された使用に対する物の適性が減縮されているときは、賃借人は、物の適性が減縮されている間における賃料の支払いを一部拒絶することができる。賃料の引き下げに関しては第四七二条、第四七三条を準用する。

(3) 住居についての賃貸借関係においては、これと異なる賃借人に不利な合意は無効である。

(4) より一層の損害の賠償を求める権利は排除されない。

#### 第五三八条（解約告知権と損害賠償の権利）

(1) 賃貸人が瑕疵なき物の引渡または後発的に生じた瑕疵の除去を履行しないときは、さらに賃借人の権利は第二七五条と第三二〇条ないし第三二七 c 条とに従って決定される。そこで規定してある契約を解除する権利を、解約告知期間

を置かないで契約を解約告知する賃借人の権利と読み替える。解約告知権の行使については、第三四九条と第三五五  
条、第三五六条を準用する。

(2) 第四六二条二項を準用する。

(3) 瑕疵を理由として第三二〇条に従って賃料の支払いを拒絶する権利と解約告知する権利とは、瑕疵が本質的な契約侵  
害を意味するときのみ存在する。

(4) 住居についての賃貸借関係の場合、これと異なる賃借人に不利な合意は無効である。

#### 第五三八 a 条（より一層の法的救済の排除）

物の瑕疵ある性質にもとづく賃借人に対する賃借人の権利は、第五三六条ないし第五三八条に定められた権利だけで  
ある。ただし、賃貸人が瑕疵を悪意で黙秘したかまたは賃借人に故意に損害を加えた場合を除く。賃借人が物の瑕疵あ  
る性質により人的損害を被っているときは、一般規定による賃貸人の責任は影響をうけない。

#### 第五三九条 削除

#### 第五四〇条（悪意の場合の契約上の責任）

瑕疵に対する賃貸人の責任を排除または制限している合意は、賃貸人が瑕疵を悪意で黙秘したときは無効である。

#### 第五四二条、第五四三条 削除

#### 第六節（請負契約の場合の瑕疵責任）

#### 第六三三条（瑕疵のない仕事の製作義務）

(1) 請負人は、仕事 (Werk) の危険が注文者に移る時点において瑕疵がないように仕事を完成する (herstellen) ことを義  
務づけられている。

(2) 危険移転の後に生じている瑕疵について、瑕疵が請負人の責に帰すべき事由にもとづくときにのみ請負人は責任を負う。

(3) 仕事の瑕疵はつぎの場合に存在している。

1. 仕事は、契約において明示的または黙示的に予定されている特別な性質または特性を有していないとき。
  2. 試品または見本によって製作される仕事は、試品または見本と一致しないとき。
  3. 仕事は契約において明示的または黙示的に予定されている使用に適さないとき。ただし、注文者がその点において請負人の判断と専門知識とを信頼する原因を持っていなかった場合を除く。
  4. 特別な定めを欠いている場合には、仕事は約束された種類の仕事の通常の使用に適さないとき。
  5. 仕事の一部のみ製作されているとき。
  6. 契約において予定されている価値を減らすその他の欠陥が仕事に付着しているとき。
- (4) 危険移転のさいに仕事に瑕疵がないことについての証明責任は請負人にある。証明責任は受領でもって注文者へ移る。ただし、注文者が受領のさいに瑕疵を通知した場合を除く。

第六三三 a 条（瑕疵の除去を求める請求権）

(1) 仕事に瑕疵があるときは、注文者は、このことが可能であるかぎり、仕事を瑕疵のない状態にすることによって（**修補**）、または新しい仕事を完成することによって（**新規製作**）瑕疵を除去することを請負人に要求することができる。瑕疵の除去が過大な費用を必要とするときは、請負人は瑕疵の除去を拒絶することができる。修補または新規製作の受領が注文者に期待されえないときは、注文者は受領を拒絶することができる。

(2) 瑕疵を修補によっても新規製作によっても除去することができるときは、選択権は請負人にある。

(3) 第四六一 a 条三項を準用する。

(4)新規製作を求める請求権に関しては第三四六条ないし第三五六条を準用し、修補を求める請求権に関しては第三四九条、第三五五条と第三五六条を準用する。

第六三四条（解除権、減額権と損害賠償の権利）

(1)請負人が瑕疵のない仕事を完成する義務を履行しないときは、さらに注文者の権利は第二七五条と第三二〇条ないし第三二七c条に従って決定される。

(2)第四六二条二項ないし四項を準用する。

第六三四a条（より一層の法的救済の排除）

仕事の瑕疵ある性質にもとづく請負人に対する注文者の権利は、第六三三a条、第六三四条に定められた権利だけである。ただし、請負人が請負契約のさいに注文者を悪意で欺いたかまたは注文者に故意に損害を加えた場合を除く。注文者が仕事の瑕疵ある性質のために人的損害を被っているときは、一般規定による請負人の責任は影響をうけない。

第六三四b条（売買規定の準用）

(1)注文者の権利に関しては第四七二条ないし第四七八条を準用する。第四七七条、第四七七a条による期間の計算の場合には、物の引渡を仕事の引取と読み替える。

(2)仕事が助言、説明または鑑定することを内容とするときは、損害賠償請求権の消滅時効に関しては第四七七条を適用しない。

第六三五条、第六三九条 削除

### 三 連邦司法大臣の照会

1. 外国法は、契約上の（および法定の？）債務関係全体に関する一般的な規定 (Regelung) とそれに加えて売買法に関する特別な補完的規定を含んでいるか。商事売買に関してドイツ法に比較できる規定があるか。
2. 外国法は、(BGB 三三三三条以下と比較できる) 不履行責任と (BGB 四五九条以下と比較できる) 瑕疵担保責任との区別を知っているか。
3. 不履行責任に関して、どのような要件が存在しているか。不履行が給付の不能、遅滞またはその他の諸原因 (Gründe) にもとづくかによって区別しているか。
4. 瑕疵担保責任に関して、どのような要件が存在しているか。瑕疵は売主の責に帰すことのできるものでなければならぬか。「帰責 Vertretmüssen」という概念のもとで何が理解されているか。瑕疵が重要でない (Unerheblichkeit) 場合には、買主の権利は全部または一部排除されているか。「単純な欠陥 Fehler」、「確認された性質 zugesicherte Eigenschaft の欠缺」または「保証 Garantie」との間は区別されているか。欠陥、瑕疵 (Mangel)、または確認された性質の定義はどのような内容か。たとえば、統一売買法三三三三条 (BGBI. 1973 II, S. 885\*) のような法定の「瑕疵のカタログ」があるか。
5. 不履行責任が発生した場合には買主は、(BGB 三三三三条以下と比較できる) どのような法律上の救済 (Rechtsbehelfe) をもっているか。法律上の救済を、たとえば解除と損害賠償とを組み合わせることはできるか。
6. 瑕疵担保責任が発生した場合に、買主は (BGB 四五九条以下と比較できる) どのような法律上の救済もっているか。特定物売買と種類売買とは区別されているか。その区別はどのように理解されているか。欠陥、確認された性質の欠缺または保証違反の性質 (Beschaffenheit) が除去され得るか否かによって区別されているか。場合によってはあり得

る修補請求権に関して、売主が物の製造業者であることが重要かどうか。買主が複数の法律上の救済を有している場合に、これらは一定の順序に従って主張されなければならないのか、それとも買主に選択権があるのか。買主がひとつの法律上の救済を主張する場合に、その他の法律上の救済は消滅するかどうか。買主がどの法律上の救済を行使しようとしているのかについて売主はどのようにして明確にすることができるか。

7. 第二の提供 (Andienung) をする権利が売主にあるか。

8. 売主の付随義務 (包装) または保護義務 (説明) の違反をどのように取り扱っているか。

9. 売買物の瑕疵がたとえば買主の別の法的財貨にもたらしているような損害と瑕疵損害とを区別しているか。そのような別の損害に関しても、履行責任または瑕疵担保責任が適用されているか。あるいはそれはもっぱら別の原則に従って賠償されるのか、それとも別の原則が選択的に利用されるのか (ドイツ法における積極的債権侵害または契約外責任についての規範と比較できる)。

10. 顧慮されるためには、瑕疵、確約された性質の欠缺、または保証違反の性質がいつ物に現れなければならないか。考慮される期間は瑕疵にもとづく法律上の救済の消滅時効の期間と一致するか。瑕疵担保責任の発生に関して基準となる時点で瑕疵はすでに存在していなければならないか。

11. 不履行責任または瑕疵担保責任は、つぎのときに買主が物の瑕疵を知りまたは知りうるかによって影響をうけるか。

a 売買契約の締結のときに (BGB 四六〇条、四三九条一項と比較できる)

b または物の受領のときに (BGB 四六四条と比較できる)

後者の場合に買主はみずからの権利を留保することができるか。

12. 買主が売買目的物を検査するかもしくは検査させ、かつ/または瑕疵を通知するかに責任はかかっているか。この関連においてどのような期間が挙げられているか。検査義務および/または通知義務が履行されないときは、どのような

法律効果が生じるか。

13. 不履行責任と瑕疵担保責任とが区別される場合に、瑕疵担保責任の発生にとってどの時点が基準となるか（BGB四五九条の危険移転と比較できる）。原則からの例外が存在しているか。すなわち、たとえば売買物に取り除くことのない瑕疵が付着している場合に、瑕疵担保責任が危険移転の前にすでに発生しているか。

14. 外国法が物の瑕疵に関して特別な瑕疵担保責任を知っている場合に、つぎの間で区別しているか。

a 不完全給付（BGB四五九条以下と比較できる法律効果）と異種物の給付（*Falschlieferung*）との間で。異種物の給付はどのような効果をもっているか（ドイツ法において、BGB三三三条以下の不履行責任）。

b 物の瑕疵と数量の一部給付との間で。特定物売買と種類売買とにおいて数量の一部給付はどのような効果をもっているか（ドイツ法において一部争われており、少なくとも種類売買の場合BGB三三三条以下の不履行責任が適用されている）。

c 物の瑕疵と権利の瑕疵との間で。権利の瑕疵の場合にはいかなる法律効果が生じるか（ドイツ法においては、BGB四四〇条、三三三条以下の不履行責任）。

15. 瑕疵担保権（たとえば解除、代価減額）は、法律関係を直接的に変更する形成権として構成されているか、それとも債務法上の請求権として構成されているか。

16. a 6. 以下に挙げられている法律上の救済はいつ消滅時効にかかるか。消滅時効期間はいつから進行するか（たとえば引渡の時点からか認識可能性の時点からか）。消滅時効は瑕疵の通知またはその他の諸事由をとおして中断または停止されるか。契約上の損害賠償請求権に関して何か特則が適用されるか。

b 売買物の瑕疵と直接的には関係しないが、買主の別の法的財貨に生じている損害の賠償を求める請求権の消滅時効に関して何を適用しているか。

17. 不法行為にもとづく請求権に対する契約上の損害賠償請求権の関係はどのように規制されているか。不法行為にもとづく請求権はいつ消滅時効にかかるか。

たとえばつぎの特定の諸事由が契約上の請求権に関してのみならず、場合によってはあり得る競合する不法行為上の損害賠償請求権に関しても影響するか。

a 瑕疵担保責任の発生にとって基準となる時点におけるまたは契約締結のさいの売主または買主の側の瑕疵の認識または認識可能性、

b 場合によってはあり得る検査期間と通知期間の懈怠 (Versäumnung)

c または消滅時効。

18. 法定の保証期間が消滅時効に接続するか (たとえば DDR の ZGB 四七四条一項による一五七条一項一文のような\*)。

19. いかなる範囲において売主の権利 (Verkäuferrechte) を明示的にまたは普通取引約款をとおして失効させることができるか。

EKG 二三条 (1) つぎの場合には売主は自己の給付 (Lieferung) 義務を履行していない。

a) 売主が、契約により約束されたよりも多いか少ない量または売却物の一部のみを引き渡している場合。

b) 売主が、契約上合意された物とは異なる物または他の種類の物を引き渡している場合。

c) 買主に引き渡され若しくは送付された試品または見本と一致しない物を売主が引き渡している場合。ただし、売主が試品または見本 (Mustert) をたんに一覽 (Ansicht) として、物がこれと一致するであろうという義務を引き受けることなしに呈示している場合を除く。

d) 売主が、その物の通常の使用 (Gebrauch) または商人の利用 (Verwendung) に必要な性質を有しない物を引き渡している場合。

e) 売主が、契約において明示的または黙示的に予定された特別な使用に必要な性質を有しない物を引き渡している。

f) 契約において明示的または黙示的に予定された性質と特性 (besondere Merkmale) を有しない物を売主が引き渡している場合には、一般的に。

※

(2) 物の一部または性質もしくは特性の欠缺ならびに量的な違反は、それが重要でない (unwesentlich) ときは考慮されない。

ZGB 四七四条一項 時効期間 (1) 時効期間は法規で異なる定めのない限り以下になる。

1 担保請求権については六ヶ月 2 契約からの請求権については二年 3 契約からの損害賠償請求権と契約外の請求権に

ついては四年 4 書面での支払い承諾からの支払請求については一〇年 5 物の引渡請求権については一〇年。社会主義所

有権のある物の引渡請求権は時効に罹らない。

ZGB 一五七条一項 買主は、欠陥の確認後、直ちに、その担保責任の義務のある売主、生産者に対して、あるいは特約工場に対して主張しなければならない。担保責任期間満了後二週間経過すると担保請求権はもはや主張できない。(伊藤進・ドイツ民法共和国私法典(試訳)、法律論叢四九卷三・四合併号(一九七七年)、五〇巻一号(一九七七年)による。)